

提訴前の証拠収集手続をめぐる一考察：ドイツ法における「事前手続」と本案手続の関係に焦点をあてて

濱崎， 録
九州大学大学院法学府

<https://doi.org/10.15017/10983>

出版情報：九大法学. 90, pp.39-86, 2005-02-28. Kyudai Hogakka i
バージョン：
権利関係：



提訴前の証拠収集手続をめぐる一考察

——ドイツ法における「事前手続」と本案手続の關係に焦点をあてて——

濱 崎 録

一 はじめに

二 日本法における提訴前の証拠収集手続と 本案手続の關係

1 序

2 平成一五年民事訴訟法改正後の事前手続

3 小括

三 ドイツ法の証拠保全手続および独立証拠調べ 手続における議論

1 序

2 鑑定人の忌避の適否に関する議論

3 訴訟告知の適否に関する議論

4 小括

四 ドイツ法からの示唆

1 序

2 日本法における証拠保全手続をめぐる議論の再構築

3 日本法における事前手続への「前倒し」

4 小括

五 おわりに

1 考察のまとめ

2 残された課題

一 はじめに

日本の民事訴訟法においては、平成八年（一九九六年）の大幅な改正を経たのちも、平成一五年（二〇〇三年）に、「民事裁判の充実・迅速化」に向けた改正がさらに行われた。なかでも、訴え提起前の証拠収集手続の拡充の必要性は、「民事裁判の充実・迅速化」という目標を達成するための方策として、司法制度改革審議会意見書（以下「意見書」と略す）においても指摘された⁽¹⁾。その結果、現行の民事訴訟法においては、あらたに訴え提起前にける証拠収集の拡充を図る規定が設けられるに至った。改正のこのような流れは、紛争をできるだけ早期に解決するための訴え提起前の段階、すなわち事前手続の充実に対する要請が高まっているためであると解することができる。

このような事前手続⁽²⁾の充実、提訴前における和解の促進等のメリットを含めて当事者にとって相当程度、望ましいと考えられる。しかしながら他方で、本案手続において認められる諸手続のすべてを提訴前の事前手続において「前倒し」⁽³⁾的に行うことが望ましいとは決して言いがたい。そのため、平成一五年の改正によって訴え提起前に行いうる手続があらたに設けられた日本法において、手続の簡易・迅速性とのバランスをとりつつ事前手続をどこまで充実させるべきか、という問題が今後生じることは、十分に予想できる。この問題を考察するためには、事前手続とその後の本案手続がいかなる関係にあると捉えるべきかという視点が重要なポイントになってくる。

しかしながら、今日までの日本法においては、訴訟の迅速・充実という目標のもとで、どこまで事前手続を充実させるべきか、またこの事前手続と本案手続はいかなる関係にあるのかといった点についての議論がほとんどな

れていない⁽⁴⁾。したがって本論文は、本案手続において認められる証拠手続のうち、どのような手続をどこまで事前手続において「前倒し」的に取り組むべきかという問題について何らかの基準あるいは指標が必要であるとの観点に立つ。そのうえで、そのような基準の前提として事前手続と本案手続の関係を考察し、両者の関係についてすでに議論のあるドイツ法から何らかの示唆を得ることを目的とする。また、このことにより、その証拠開示的運用の是非という点において実務的な考察に偏った研究のゆえに、ともすると脆弱であった証拠保全手続に関する議論を、事前手続のひとつとして改めて位置づけることで、本案手続との関係や手続の目的論を含む基礎理論の構築に寄与し、証拠保全手続をはじめとする事前手続の理論的深化を図ることを目的とする。

前述の目的達成のため、本論文は、日本法の平成一五年の改正において導入が検討されたドイツ法の独立証拠調べ手続 (selbständigen Beweisverfahren) およびその前身である証拠保全手続 (Beweissicherung) をめぐる議論を考察の対象とする。というのも、日本法の証拠保全手続がドイツ法を母法としていることに加えて、ドイツでは、証拠保全手続および独立証拠調べ手続において、本来ならば本案手続で行われるべき鑑定人の忌避や訴訟告知等を行うことの適否について議論がなされているからである。このドイツにおける議論のなかには、証拠保全手続あるいは独立証拠調べ手続の目的や法的性格、本案手続との一体性といった視点が含まれている。これらの議論および視点は、日本法には見られない点であり、注目に値する。さらに前述の議論や視点は、今後日本法において問題となりうる、事前手続たる訴え提起前の手続においていかなる手続をどこまで行いうるかという問題について考察する際に多くの示唆を含んだ議論であると考ええる。

本論文では、前述の理由からドイツの証拠保全手続および独立証拠調べ手続における議論を考察することによって、日本法の事前手続において、本案手続でなされるべき手続をどこまで行いうることができるのかという点について

具体的に検討する。その際の日本法における「事前手続」としては、訴え提起前に行われる証拠保全手続および平成一五年の改正によってあらたに設けられた訴え提起前の証拠収集の処分等を念頭において考察する。この「事前手続」に証拠保全手続を含める理由としては、提訴前の証拠収集手段が不十分であった制度上の不備を補うために、一種の実務上の知恵として証拠保全手続が証拠開示的に運用されてきたという実情があげられる。日本法では、平成一五年の改正によって訴え提起前の証拠収集手段の拡充が図られる以前から、提訴前の証拠収集手続の拡充の必要性が主張されていた。このような日本法の訴え提起前の証拠収集手続の不備という制度上の問題を補うために、証拠保全手続を訴え提起前に証拠を収集する目的で運用する実務が、しばしば行われていたのである。平成一五年の改正における提訴前の証拠収集手段の拡充によって、提訴前の段階における当事者の証拠収集の手段は、確かに増加した。しかし、証拠保全手続の運用については、この改正では具体的に改正が加えられなかったために、今後もお改正前と同様に運用されることが予想される。さらに、あらたに提訴前に行いうる証拠収集手続が規定されたが、これらは本案手続で本来なされる手続の「前倒し」である。そのため、これらの手続の「前倒し」にともない、ドイツで訴訟告知や鑑定人の忌避の「前倒し」の適否が論じられるように、どのような手続をどこまで提訴前の手続として行いうるかという問題について考察する必要があるということができる。

したがって本論文では、証拠保全手続および平成一五年の改正によってあらたに設けられた訴え提起前の証拠収集の処分等をふくめた事前手続のなかで、本案手続で行われるべき証拠調べ手続のうちいかなる手続を行うことができるのかという点につき、ドイツにおける議論を参考としながら、一定の基準や指標を抽出することを試みる。この考察により、本来の手続の目的をこえた証拠開示的運用の是非だけが論じられ、手続の本案手続との関係性に対する視点が見落とされてきた日本法の議論にあらたな視点を示すことができると思う。

以下では、まず二において、日本法においては提訴前の証拠収集手続という概念自体が乏しく、また事前手続と本案手続の關係に関する視点が欠けてきたという状況を明らかにする。そのうえで、三でドイツの証拠保全手続と独立証拠調べ手続という事前手続たる手続において本案手続でなされる手続を「前倒し」的に行うことの適否に関する議論を考察する。そして、四において前述のドイツにおける議論から、日本法の事前手続では本案手続で予定されたいかなる手続を行うことができるのかという問題についての示唆を抽出することを目的として考察することとする。

注

- (1) 「司法制度改革審議会意見書——二一世紀の日本を支える司法制度——」ジュリスト二二〇八号（司法制度改革審議会、二〇〇一年）一八五頁以下において、「訴え提起前の時期を含め当事者が早期に証拠を収集するための手段を拡充すべきである」という提言がなされた。
- (2) 「事前手続」という用語は、ドイツにおける *Vorverfahren* の訳として日本においても用いられていると考えられる。本論文においては、この「事前手続」という用語を訴え提起前の手続の総称として用いることとする。
- (3) 「前倒し」という用語は、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法（下）』（有斐閣、二〇〇四年）一九〇頁、一九二頁によって、たとえば証拠保全手続について「理論的には、証拠保全も前倒しではあるが本来の証拠調べとしてなされた」ものであるといった記述のなかで用いられている。これを参考として、本論文においては、本来の本案訴訟において行われるべき時期よりも早期に手続が行われることにつき、「前倒し」という用語を用いることとする。
- (4) 日本法における証拠保全手続と本案手続の關係について考察する必要性は、波多野雅子「証拠保全手続における偏頗のおそれを理由とした鑑定人忌避の可否——ZPO四〇六条——（OLG Frankfurt, Beschl. v. 8. 11. 1982——17W 53/82 NJW 1983, 581f.）」判例タイムズ五二八号（一九八四年）七六頁において、ごくわずかに述べられているのみである。

二 日本法における提訴前の証拠収集手続と本案手続の関係

1 序

平成一五年の民事訴訟法の改正が行われる以前の日本法において、当事者が提訴前に証拠収集を行いうる手段としては、弁護士会照会（弁護士法二三条の二）を除けば、民事訴訟法上はわずかに証拠保全手続が存在したのみであった。この証拠保全手続とは、本来は、訴訟における正規の証拠調べを待っていたのでは、その証拠方法の使用が困難となる事情がある^⑤と認めるときに、本来の訴訟手続とは別個に、あらかじめその証拠を取り調べ、その結果を保存しておくための付随手続である^⑥。しかしながら、平成一五年の改正以前の日本法は、証拠の収集を主たる目的としたディスカヴァリーによって広範な証拠収集を認めているアメリカ法などとは対照的に、とりわけ提訴前の証拠収集手続が十分でない点が指摘されており^⑧、その点で制度的な不備を抱えていた。そのため、証拠保全手続が提訴前にも認められる手続であることから、この制度的な不備を補うために、いわば実務上の知恵として同手続を証拠開示的に運用する実務が特に医療過誤訴訟を中心にしばしば行われていたのである。

この証拠保全手続の申立てのうち、多くの場合が訴訟の相手方や第三者の手中にある物または文書の内容を、訴訟提起前を中心とした早い時期に知ること、訴えを提起するか否かの判断資料としたり、自己の主張を組み立てたりして有用な証拠の存在ないし所在を探索することが動機となっていた^⑨。そのため、このような証拠開示的運用の是非について、手続の利用の増加に従って、活発な議論が生じ、その議論は今日まで続いている^⑩。しかしながらその議論は、証拠保全手続の証拠開示的運用の是非に関する平面的な議論に過ぎない。というのも、この証拠保全

手続をめぐる日本法の今日までの議論においては、のちに三において論じるとおり、同手続の母法であるドイツ法におけるような事前手続たる証拠保全手続と本案手続の関係、あるいはそれと関連する証拠保全手続の目的や法的性格といった視点は見られないからである。これは、日本法においては、事前手続たる証拠保全手続と本案手続について、ドイツにおける議論のように両者の関係について考察することを行ってこなかったという点とも密接に係していると考えられる。

しかしながら、前述のドイツにおけるような議論や視点は、日本法においてその必要性がないわけではない。以下の二―二において述べるように、平成一五年の民訴法改正において提訴前の証拠収集手段の拡充が図られ、本来ならば後の本案手続においてなされる手続が「前倒し」的に事前手続において行われうることとなった。このように提訴前に行いうる手続があらたに設けられたことよって、日本法においても事前手続と本案手続の関係、さらには事前手続の法的性格や手続の目的についても考察する必要性がむしろいっそう高まっていると考えられる。このようななかで、本論文の重要な視点でもある事前手続と本案手続の関係について考察することは、その前提となる事前手続、本案手続のそれぞれの目的や法的性格などについての考察を必要とする。これらの基礎的な考察に立ち返って事前手続と本案手続との関係を検討することは、広くは「訴訟とは何であるか」というより大きな問題^①への再検討へとつながりうると考える。平成一五年の改正により提訴前に行いうる手続が拡充されたこの時期にこそ、提訴前と提訴後の手続と両者の関係について再度考察する意義があると考ええる。

さらに、これまで証拠保全手続がほぼ唯一の提訴前の証拠収集手続として利用されてきたという点でも、この考察は、手続の証拠開示的な運用の是非に関する従来の平面的議論に、理論的根拠を与えることができる^②と考える。すなわち、ドイツにおける議論から、事前手続と本案手続の関係を考察するという示唆を日本法に取り入れること

で、従来の証拠保全手続の証拠開示的運用の是非をめぐる議論を、本案手続における証拠開示効果をもたらす証拠調べ手続を事前手続たる証拠保全手続において「前倒し」的に行うことの可否を論じる議論であるにとらえなおすことが可能になるのである。

2 平成一五年民事訴訟法改正後の事前手続

平成一五年の民事訴訟法改正では、平成八年の改正時から議論があり、さらに司法制度改革審議会意見書においても提言⁽¹²⁾がなされた訴え提起前の証拠収集手続の拡充が重要な改正点のひとつであった。この改正によって平成一六年(二〇〇四年)年四月一日から施行された現行民事訴訟法では、「訴え提起前における証拠収集の処分等」が設けられた⁽¹³⁾。このあらたに設けられた制度は、「当事者が訴えの提起前において必要な証拠や情報の収集を適切に行い、訴えが提起された後の早期の段階で、裁判所及び当事者双方が審理の終期を見通すことができるようにすること」⁽¹⁴⁾を目的として設けられた。この制度では、訴えの提起前において、訴えを提起しようとする者が被告となるべき者に対して書面で予告通知をすることを前提として、訴えの提起前における照会と訴えの提起前における証拠収集の処分の手続を認めるものである。後者の証拠収集の処分の手続としては、①文書の所持者に対する文書の送付嘱託、②官公署等への調査の嘱託、③専門的知識経験に基づく意見陳述の嘱託、④物の現況等の調査命令が定められた。

まず提訴前の照会は、予告通知者(訴えを提起しようとする者)が提訴予告通知を行い、被告となるべき者がこれに返答した場合には、「訴えを提起した場合の主張又は立証の準備のために必要であることが明らかな事項」について提訴前でも照会ができるとするものである⁽¹⁵⁾。次に証拠収集の処分の手続における文書の送付嘱託では、文書の典型的な例としてカルテや交通事故の際の実況見分調書があげられる⁽¹⁶⁾。この手続は、第三者にも

提訴予告の相手方にも行うことができる点が重要な意味を有している。次に調査の嘱託は、資料に基づいて容易に調査することができる客観的事項、例えば交通事故における目撃者の住所氏名や、労災において会社が事故に対してどのような措置を取ったかという点について行われることを想定して設けられた。さらに専門家の意見陳述の嘱託は、専門家として建築紛争における建築士や境界確定訴訟における土地家屋調査士等があげられる。この制度は、提訴後の本格的な鑑定と区別され、あくまで「立証に必要である」ものについての専門家の意見陳述を求めているという点が重要なポイントである。最後に、執行官の現況調査は、本案手続における検証の「前倒し」であり、境界紛争や不動産関係の紛争において、執行官が物の形状や占有関係の現況について調査できるとされている。

本論文においては、一においても述べたように、これらのあらたに設けられた手続に提訴前に行われる証拠保全手続を加えたものを事前手続として位置づけて論じる。これは、前述したように日本法では証拠保全手続が従来の目的のほかに証拠開示的に運用されることで、提訴前の証拠収集手続として利用されてきたという事情があるからである。加えて、この平成一五年の改正によって、提訴前に当事者が証拠を収集することが以前よりも可能になったとはいえ、予告通知を前提としている新制度では、カバーできない部分があることは明らかである。⁽¹⁷⁾すなわち、従来からしばしば証拠保全手続が利用されてきた医療過誤訴訟における改ざんのおそれを保全事由とした同手続の利用には、従来どおり証拠保全手続の利用が続くことが予想される。

以上の理由から、提訴前の照会、証拠収集の処分の手続、および証拠保全手続を事前手続として捉えて論じることとする。その場合、本来は本案手続で行われる証拠調べ手続を提訴前で「前倒し」的に行う事前手続をどこまで充実させていくべきかという本論文のテーマでもある問題について考察する必要がある。この問題は、後の三において述べるドイツにおける議論が示すように、事前手続へ証拠調べを前倒しすることに伴い、訴訟告知や鑑

定人の忌避といった手続までも「前倒し」することの適否という具体的な問題と関係するのである。

3 小括

以上、二では日本法において、後に考察するドイツにおける議論とは異なり、平成一五年の改正以前は当事者が提訴前に証拠を収集することができるとは唯一の手続であった証拠保全手続に関連して、その開示的運用をめぐって議論が行われてきた点を指摘した。また、平成一五年の改正によってあらたに提訴前の証拠収集の処分の手続、および提訴前の照会が提訴前の証拠収集手続の拡充という目的のもとに設けられたことを示した。そのうえで、後の三において論じるドイツ法の事前手続たる証拠保全手続および独立証拠調べ手続において本案手続の手続を「前倒し」的に行うことの適否を論じる議論との比較を前提として、日本法における事前手続の定義を行った。

そこで以下では、この日本法の事前手続において本案手続で行われるいかなる手続を「前倒し」的に行うことができるのかという問題意識のもとで、ドイツの議論を考察する。この考察によって、日本法に見られない視点から活発な議論が行われているドイツ法から、前述の問題意識に対する何らかの基準あるいは指標を抽出することを目的とする。

注

- (5) たとえば証人が死亡したり外国へ移住する場合、あるいは文書の消失や検証すべき現状の変更等のおそれらがあげられる。
- (6) 新堂幸司『新民訴訟法』（弘文堂、第三版、二〇〇四年）五五四頁。
- (7) デイスカヴァリーについては、日本においても多くの紹介がなされており、その機能として争点の開示と証拠の開示の双方が認められていることもすでに紹介されている（小林秀之「民事訴訟法改正とアメリカ法の示唆——『検討事項』とアメリカ

民訴法の比較——自由と正義四三卷一二号（一九九二年）七八頁以下、同「民事訴訟における訴訟資料・証拠資料の収集（三）」法学協会雑誌九七卷八号（一九八〇年）一一五〇頁参照）。日本の民事訴訟法の改正に関連して、アメリカのこのディスカヴァリーを参考として導入すべきであるとの見解も平成八年の改正時までは多く示されていた。そのほかに、霜島甲一「アメリカ合衆国の開示手続——わが国の研究の現状・意義・方法——」法学志林七九卷四号（一九八二年）一頁以下は、ディスカヴァリーの歴史的沿革もふまえて、その機能について詳しく論じている。また、ドイツ法とディスカヴァリーの関係および相違については、Vgl. John C. Reitz, Grundlegende Unterschiede zwischen dem deutschen und dem U.S.-amerikanischen Zivilprozessrecht: Vorzüge, die sich ausschließen?, ZJP 104 (1991), 381ff.

(8) 小林秀之「民事訴訟における訴訟資料・証拠資料の収集（四）」法学協会雑誌九七卷一一号（一九八〇年）一五四七頁、一五六六頁。

(9) このような運用がなされるようになった時期については、この問題を論じた多くの論文においても、はっきりとした記述は見られない。しかし、一九五〇年には、すでに加藤・体系書（加藤正治『民事訴訟法要論』〔有斐閣、一九五〇年〕四五〇頁、四五二頁）においては、証拠保全手続の本来の目的は証拠の「保全」であるとしつつ、立法論としては、「事実関係を明確ならしめ、予め紛争を絶ち訴訟を予防する目的のため」に訴訟と離れた独立の私権保護制度とすべきとの見解が見られる。一九六一年には、田倉論文（田倉整「証拠保全手続覚書」判例タイムズ一一九号（一九六一年）五頁）により工業所有権訴訟において証拠保全手続の利用が増加の傾向にあることが見て取れる。田倉論文は、工業所有権において証拠保全手続がまず「戦闘開始の第一弾として」利用されているといった状況を示したうえで、その申立ての際に必要な証すべき事実については、たとえば損害賠償請求の場合、その損害額の具体的な数字を示すなど、具体的な主張が必要であるとしている。田倉論文においては、証拠保全手続を用いた証拠の開示がなされているかということについて、はっきり言及されてはいない。しかし、日本においては、昭和三〇年代（一九五五年～一九六五年頃）において、すでに工業所有権訴訟における証拠保全手続の頻繁な利用があったことが後の文献（小林・前掲（注7）「民事訴訟における訴訟資料・証拠資料の収集（三）」一一七四頁）において指摘されている。当時において近代産業の最先端の技術が問題とされた工業所有権訴訟での侵害の立証が困難で、工業所有権侵害について立証責任を負う当事者が、侵害を立証できる重要な証拠等を収集しようとして、すなわち、証拠開示の目的で証拠保全手続を利用したことが考えられる。一九六九年の松田論文（松田克己「特許侵害訴訟における証拠保全手続について」パテント二二卷三号（一九六九年）三頁以下）では、実務において証拠保全手続の正しい解釈と運用がなされていない

いとして、「調査目的」の証拠保全手続の利用に対して否定的な見解が示されていることから、同手続の証拠開示的運用は、手続の利用の対象たる事件が工業所有権訴訟であった昭和三〇年代頃に顕著になり始めたと考えられる。

- (10) 証拠保全手続の証拠開示的運用の是非をめぐるこの議論については、そのような運用を否定的に評価するものとして、松田・前掲(注9)、同「民事訴訟における証拠保全手続に関する実証的研究」書記官実務研究九卷一号(一九七二年)一頁以下のほか、大竹たかし「提訴前の証拠保全実施上の諸問題——改ざんのおそれを保全事由とするカルテ等の証拠保全を中心として——」判例タイムズ三六一号(一九七八年)七四頁以下といったものがある。これに対して証拠保全手続の証拠開示的運用を積極的に評価するものとして、小島武司「証拠保全の再構成」自由と正義二九卷四号(一九七八年)二八頁以下や新堂幸司「訴訟提起前におけるカルテ等の閲覧・謄写について」判例タイムズ三八二号(一九七九年)一〇頁以下、および小林・前掲(注7)および同・前掲(注8)などがある。また、この問題に関する議論の状況は、上記論文のほか、高見進「証拠保全についての若干の考察」民事訴訟雑誌三三卷(一九八七年)三三二頁や畔柳達雄「医療事故訴訟提起前の準備活動——医療事故訴訟の準備活動における問題点・一——」畔柳達雄ほか『新・実務民事訴訟講座・五卷』(日本評論社、一九八三年)一七五頁以下に詳しい。

- (11) 平成一五年の改正によって提訴前に行いうる手続があらたに設けられたことは、「訴訟」の捉え方にも少なからず影響していると解することができる。

- (12) 前掲(注1) 一九三頁。

- (13) 改正については、上野泰男「証拠収集手続の拡充」ジュリスト一二五二号(二〇〇三年)二二頁以下、および青山善充ほか「民事訴訟法改正と民事裁判の充実・迅速化(上)」ジュリスト一二五七号(二〇〇三年)四七頁以下、福田剛久ほか「民事訴訟の新展開(上)(下)」判例タイムズ一一五三三号(二〇〇四年)四頁以下、一一五五号(二〇〇四年)四頁以下に詳しい。

- (14) 武智克典「民事訴訟法等の一部を改正する法律の概要」民事法情報二〇四号(二〇〇三年)一〇頁。

- (15) 具体的に想定される利用の局面としては、例えば工場の中で発生した災害について、どのような事実関係の下で起こったのかという点や、医療過誤事件でどのような手術が行われたのかといった点を照会することが想定されている。

- (16) このほか、例えば薬害事件における副作用の症例報告や薬の製造承認の関係書類や、労災事件においての企業が監督署に提出した死傷病報告書などに対する利用が想定されている。

- (17) 石田秀博「診療録の証拠保全に関する一考察」静岡大学法政研究八卷三・四号(二〇〇四年)一一四頁。

三 ドイツ法の証拠保全手続および独立証拠調べ手続における議論

1 序

ドイツ法における証拠保全手続は、一九九一年の司法簡素化法（Rechtspflege Vereinfachungsgesetz vom 17. 12. 1990⁽¹⁸⁾）の施行により独立証拠調べ手続へと名称が改められた⁽¹⁹⁾。この改正以前（以下、旧法下と略す）の手続は、一八七六年成立のドイツ民事訴訟法（以下、旧CPOと略す）によるものであった。これはまた、日本における民事訴訟法の証拠保全手続のもととなったものでもある。すなわち、日本の証拠保全手続は、この当時のドイツの証拠保全手続を全面継受したとされている。しかしながら、日本とドイツの証拠保全手続の間には、手続上問題となる議論の内容に関して以下に述べる大きな違いも見られる。すなわち日本では、いわゆる証拠保全手続の証拠開示的な運用の是非が従来から議論されており、今日もなおその議論は続いている。

これに対して、ドイツでは、証拠保全手続が利用される事件類型も日本と異なっており、日本においては見られない議論がなされている。その内容は、おもに医療過誤訴訟における証拠保全手続の利用が問題となる日本とは異なり、ドイツにおいては、建築関係事件あるいは交通事故に起因する責任訴訟において、「建築物の瑕疵」や「自動車⁽²⁰⁾の欠陥」などを確定するための書面鑑定が利用の中心であった。そうしたなかで、本章でまさに取り上げるような、日本では見られない議論や考察の視点がドイツの議論には存在しているのである。すなわち、事前手続たる証拠保全手続や独立証拠調べ手続において、本来なら本案手続で行われることが予定される手続を「前倒し」的に行うことの適法性に関していくつかの議論が存在している。

この議論は、本論文における考察の視点である事前手続とその後の本案手続がいかなる関係にあると捉えるべきかという問題と関わっており、注目に値する。しかも、まさにこの問題と深く関わる証拠保全手続および独立証拠調べ手続の民事訴訟法における法的性格、および手続の目的が、事前手続たる証拠保全手続や独立証拠調べ手続と本案手続の関係性を考察する上での重要な要素として、論じられているのである。したがって、ドイツの証拠保全手続および独立証拠調べ手続に関する前述の議論を考察することは、最近の民事訴訟法の改正において事前手続の拡充を図っている日本法にとつて、非常に大きな意義を有していると考えられる。そこで以下では、証拠保全手続あるいは独立証拠調べ手続とその後の本案手続の関係を考察の視点として、本案手続で予定された手続をどこまで事前手続において「前倒し」することができるかという本論文のテーマに関する前述の議論について考察する。

以下ではまず2において、証拠保全手続および独立証拠調べ手続を通じて論じられている鑑定人の忌避の適法性に関する議論を考察する。このなかで、鑑定人の忌避についての規定は、一九九一年に改正が加えられた点にも触れる必要がある。したがって、先に証拠保全手続における議論に触れ、その後に独立証拠調べ手続における議論を考察することとする。ただし、両者の議論は、その考察の視点において、密接に関係しており、日本法において重要な示唆を有している点でも共通している。次に三―3では、同様に証拠保全手続および独立証拠調べ手続を通じて論じられている訴訟告知の適法性に関する議論を考察する。

2 鑑定人の忌避の適否に関する議論

(1) 証拠保全手続における鑑定人の忌避

ドイツ旧法下の証拠保全手続および一九九一年の改正後の独立証拠調べ手続において、手続の利用の対象は、新

法・旧法に共通して建築物の瑕疵における請負代金の減額、瑕疵修補ないし損害賠償の請求といった事件や、自動車の欠陥を問題とした交通事故における物損の損害賠償や中古自動車の売買代金・修理代金の減額に関する事件であった。⁽²¹⁾このような事件類型において書面による鑑定が圧倒的に多く利用されていた。⁽²²⁾そのような書面鑑定の頻繁な利用のなかで、証拠保全手続および独立証拠調べ手続における鑑定人の忌避の適法性の問題が、旧法下の判例および学説を中心に議論となっていた。⁽²³⁾というのも、証拠保全手続での鑑定について、ドイツの旧法下では、鑑定人の選任は申立人に委ねられていた結果、⁽²⁴⁾申立人によって指名された鑑定人につき不公平のおそれがあるとして、申立ての相手方がこの鑑定人を忌避するということが頻繁に行われていたからである。⁽²⁵⁾そうしたなかで、申立て相手方の忌避の申立てによりあらたな鑑定人を選任しなければならないことによる裁判所の負担や、あらたな鑑定人が選任されるまでのあいだに証拠方法が滅失してしまうおそれがあることなどが問題とされていた。そのため、旧法下の証拠保全手続においては、このような鑑定人の忌避が許されるかをめぐって議論がなされていたのである。⁽²⁶⁾

この議論において具体的に問題とされたのは、以下の点であった。すなわち、証拠保全手続においてすでに鑑定人は忌避されうるのか、それとも、それは証拠保全手続の目的によって排除されるために本案手続においてはじめて鑑定人の忌避が適法となるのかということである。⁽²⁷⁾この問題はつまり、鑑定人の忌避について規定したZPO四〇六条が⁽²⁸⁾証拠保全手続の制度上の目的によって排除されないかどうかという問題と関連していた。その際、この問題について考察する前提として、ドイツ旧法下では、証拠保全手続の制度上の目的とはそもそも何であるのかということが活発に議論されていた。⁽²⁹⁾

まず、証拠保全手続の目的は、学説により一般的には①（訴訟の）促進目的（Beschleunigungszweck des Beweissicherungsverfahrens）、②証拠調べ目的（Beweiserhebungszweck）、③証拠保全目的（Beweissicherungszweck）

のおもに三つがあげられていた。⁽³⁰⁾ ① (訴訟の) 促進目的とは、証拠保全手続における証拠調べを行うことにより、事実関係がより明確になることから、訴訟が促進されることを指す。次に、② 証拠調べ目的とは、証拠保全手続が証拠の取り調べのみを目的としており、取り調べられた証拠の評価は後の本案手続に留保されるという点を指す。⁽³¹⁾ ③ の証拠保全目的とは、本案手続まで待っていたのでは証拠が滅失などしてしまうことによって、証拠調べが不可能になることを防止することを指している。これらの目的のなかで、③ 証拠の保全目的が証拠保全手続の中核目的である点については、異論が見られない。しかし、この手続の複数の目的の相互関係に関して議論が見られる。これらの複数の目的相互の関係をめぐる議論は、事前手続たる証拠保全手続において本案手続における手続を「前倒し」することの適否についての議論と密接にかかわっている点で日本法にとって重要な示唆を持つと考える。つまり、事前手続の目的が、事前手続たる証拠保全手続や独立証拠調べ手続において本案手続で行われる手続を「前倒し」的に行うことの適否を判断する基準のひとつとして抽出しうるのである。

したがって、以下においては、証拠保全手続の目的と同手続における鑑定人の忌避の問題との関連での議論を考察する。まず証拠保全手続における鑑定人の忌避の適否をめぐる議論においては、同手続における鑑定人の忌避を適法とする説と不適法であるとする説が存する。適法説は、⁽³²⁾ 証拠保全手続において鑑定人の忌避の可能性が否定された場合、必然的にその鑑定人の忌避は、後の本案手続において判断されることとなる。しかし、このときには既に、証拠の滅失等により事実の確定はもはや不可能になり、仮にあらたな鑑定人が選任されたとしても新しく鑑定を行うことはもはやできない状況になっている点を、証拠保全手続における鑑定人の忌避を認める根拠としている。そのため適法説は、証拠保全手続における鑑定人の忌避の可能性を否定することこそが、証拠保全手続の中核目的である、のちの本案手続のために効率的な証拠調べを保障するという目的の達成を妨げることになっている。

すなわち、証拠保全手続の中核目的を保全目的としたうえで、この中核目的を果たすためにも、（訴訟の）促進目的および証拠調べ目的という証拠保全手続に内在する目的を認めるべきであるとするのである。⁽³³⁾

これに対して、（訴訟の）促進目的を認め、証拠保全手続において鑑定人の忌避を行うことにより手続の遅延をともなうおそれがあり、したがって証拠保全手続における鑑定人の忌避と（訴訟の）促進目的は相いれないと主張する見解が、判例において主張されていた。⁽³⁴⁾ すなわち、これらの判例は、鑑定人の忌避が証拠保全手続の（訴訟の）促進目的とも保全目的とも基本的に相いれないとみなしていたのである。以上の議論の対立から、適法説は証拠保全手続の主たる目的を証拠保全目的だと解したうえで証拠保全手続とその後の本案手続の関係を一体的なものとして捉え、後の本案手続も含めた訴訟全体の効率性を重視しているということがわかる。これに対して証拠保全手続における鑑定人の忌避不適法説は、こうした見解が過度に訴訟全体の一体性・緊密性を重視していると批判している。⁽³⁶⁾ 不適法説に立つハイヤーズは、証拠保全手続の主たる目的が証拠保全目的である点では適法説と一致しつつも、むしろ保全目的を強調する立場から、両手続の一体性よりも、証拠保全手続そのものの効率性を重視すべきであると主張した。不適法説は、適法説が証拠保全目的を証拠保全手続の中核目的としながらも、中核目的にふさわしい重要性を証拠保全目的に与えていない点を批判している。⁽³⁷⁾

前述の議論は、仮に証拠保全手続において鑑定人の忌避が可能であるとする場合、その後の本案手続で鑑定人の忌避は認められうるのかどうかという付随的な問題とも関わってくるものである。この問題については、証拠保全手続における鑑定人の忌避の適法性から切り離して、本案手続における一般的な鑑定人の忌避の適法性についてまず検討する必要がある。また、さらに鑑定人の忌避を規定したZPO四〇六条二項に関して、証拠保全手続とその後本案手続がいかなる関係にあると見なすかという点も重要になってくる。この両者の関係については、同様

に手続法上一体のものとみなす見解とそれぞれ独立したものとみなす見解の対立が見られる。上記の両手続を一体のものとするのが証拠保全手続における鑑定人の忌避適法説である。この説に立つミューラー⁽³⁸⁾やモツケ⁽³⁹⁾によれば、証拠保全手続は、本案手続から独立して実施されるものであるが、一方で証拠保全手続の証拠弁論が証拠として一方当事者によって出されるとすぐに、この証拠調べは、本案手続の構成要素となると主張される。このように証拠保全手続とその後の本案手続の関係が手続法上一体とみなされうる場合には、後の本案手続においても鑑定人の忌避が認められうることとなる⁽⁴⁰⁾。

これに対して、証拠保全手続そのものの効率性を重視する忌避適法説の立場によれば、判例においても指摘されているとおり⁽⁴¹⁾、証拠保全手続において鑑定人の忌避を認めることにより、手続の遅延が生じることとなる。さらにこの立場は、証拠保全手続における忌避が成功した場合、別の鑑定人を選任する間に証拠の滅失等により事実の確定等が不可能になってしまう可能性を指摘し、結果的に証拠保全手続の制度上の中核目的である証拠保全目的が果たされなくなると主張する。

以上の議論から、事前手続たる証拠保全手続において鑑定人の忌避を「前倒し」的に行いうるかという問題に関して、その判断には事前手続たる証拠保全手続の目的が密接に関係しているということが明らかになった。さらに、事前手続と本案手続の関係性が事前手続たる証拠保全手続への手続の「前倒し」を判断する重要な根拠となつていくということも明らかになったといえよう。この事前手続と本案手続との関係性、すなわち両者が一体であるか否かを考察するという視点は、日本法にとって大きな示唆となりうると思われる。

(2) 独立証拠調べ手続における鑑定人の忌避

以上、ここまででは、おもに証拠保全手続において本案手続で予定された鑑定人の忌避を「前倒し」的に行うことの適法性に関する議論状況を考察した。そこで以下では、新法下の独立証拠調べ手続で、この議論がどのように変化したかという点について考察する。というのも、一九九一年の改正により、証拠保全手続が独立証拠調べ手続へと改正されたことにより、それまで申立人の義務とされていた鑑定人の選任が裁判所の義務としてあらたに定められたからである。

この規定があらたに設けられたことにより、旧法下で議論されていた鑑定人の忌避をめぐる問題は、解決したとも解されうる。しかしながら、証拠保全手続における鑑定人の忌避の適法性に関する問題を、新法下の独立証拠調べ手続においても引き続き考察する必要性を主張する見解もなお存在する。⁽⁴²⁾ この見解によれば、証拠保全手続において本案手続で予定された鑑定人の忌避を行うるか否かの判断は、独立証拠調べ手続とその後の本案手続の関わりと深いかわりがある問題であるとされている。つまり、両者の間に何らかの一体的な関係があると解することができれば、本来は本案手続で予定された手続である鑑定人の忌避を独立証拠調べ手続において行うひとつの根拠となりうると思われる。したがって、この問題を論じ続ける意義は、司法簡素化法による民事訴訟法改正以後も失われてはいないということができる。そればかりか、ドイツ新法下の独立証拠調べ手続がその後の本案手続といかなる関係にあるかという問題を明らかにするために、前述の鑑定人の忌避の問題について考察を行うあらたな意義が、改正によって生じたということもできる。したがって、旧法下における鑑定人の忌避をめぐる議論を、独立証拠調べ手続においても共通する議論としてここでは考察する。

この議論においては、前述した通り、手続の目的という要素が重要な意味を有している。なぜなら、事前手続た

る証拠保全手続や独立証拠調べ手続において本来は本案手続で予定された鑑定人の忌避を行うことの可否を判断する際に、事前手続たる上記の手続の目的がひとつの基準となっているからである。一九九一年の独立証拠調べ手続への改正において、独立証拠調べ手続の目的は、旧法下で主張されていた三つの目的に加えて、あらたに（当事者間の合意に基づく）紛争の早期解決目的（Prozeßvermeidung）⁽⁴³⁾ が加わったとされる。しかも、（当事者間の合意に基づく）紛争の早期解決目的が独立証拠調べ手続の中核目的とされ、従来の証拠保全目的から手続の主たる目的が変化したのである。⁽⁴⁴⁾ この独立証拠調べ手続の目的が、あらたに加わった当事者間の合意に基づく紛争の早期解決へと変化した点に関しては、異論を見ない。この事前手続たる独立証拠調べ手続の目的が旧法下におけるものから変化したことにもなつて、独立証拠調べ手続における鑑定人の適法性をその手続の目的との関係では再度考察を行う必要が生じた。

というのは、前述したように旧法下において証拠保全手続での鑑定人の忌避を行うことの適法性を検討する際の一つの論点として、証拠保全手続そのものの目的にこれが反しないか否かという点が論じられていたからである。この独立証拠調べ手続のあらたな目的については、大きな役割を果たすことに対する立法者の期待が寄せられている。したがって、証拠保全手続における鑑定人の忌避の適法性を議論していた旧法下の状況とは事前手続の目的も変化しているということが出来る。そうであるとすれば、改めて独立証拠調べ手続において鑑定人の忌避を行うことが、この手続の特別規定および目的に反しないか否かを考察する必要性が生じることとなるのである。

改正後の独立証拠調べ手続における鑑定人の忌避の適否を論じたヴァイゼの見解は、あらたに加わった（当事者の合意に基づく）紛争の早期解決という中核目的との関係において、独立証拠調べ手続においても鑑定人の忌避の問題を再検討しているという点で評価できるものである。ヴァイゼによれば、あらたな中核目的によっても独立証

証拠調べ手続における鑑定人の忌避は排除されず、またこのことは立法者の見解にも適合していると述べている。⁽⁴⁵⁾ 以上のことから、独立証拠調べ手続への改正後も、事前手続において本案手続で予定された手続を「前倒し」的に行うことの適否を判断する基準として、事前手続の目的が密接に関係していることがさらに裏付けられたといえよう。

さらにヴァイゼは、独立証拠調べ手続における鑑定人の忌避を認めることで証拠の保全目的には背くが、本案手続ではじめて忌避を認めた場合に証拠方法の滅失の危険がさらに拡大してしまう点を指摘し、その必要性を重視して忌避を認めるべきであると述べている。⁽⁴⁷⁾ この指摘は、旧法下の証拠保全手続においてもまったく同様に論じられていたことである。したがって、事前手続たる独立証拠調べ手続においても本案手続の手続を「前倒し」的に行うことの適否について、「前倒し」の必要性の程度も重要な判断基準のひとつとして抽出しうると考えられる。

3 訴訟告知の適否に関する議論

証拠保全手続および独立証拠調べ手続において、本来なら本案手続においてなされるべき手続を「前倒し」的に行うことの適法性の問題として、鑑定人の忌避と並んで具体的に議論がされたのが訴訟告知の問題である。そもそも訴訟告知は、訴訟の係属中、当事者から第三者たる利害関係人に対して、訴訟の係属している旨を、法定の方式によって通知することをいう。⁽⁴⁸⁾ ドイツでは、すでに旧法下においてこの訴訟告知を類推適用の形で証拠保全手続に「前倒し」することの適法性をめぐる議論が、しばしば建築瑕疵訴訟を念頭において生じており、⁽⁴⁹⁾ この議論は一九九一年の改正後も続いている。⁽⁵⁰⁾ 以下では、日本の証拠保全手続の母法であるドイツ旧法での証拠保全手続における手続の「前倒し」の適法性に関する議論のひとつとして、証拠保全手続における訴訟告知の適法性をめぐる議論を分析・検討することとする。

訴訟告知がしばしば問題となるおもな事件は、具体的には建築請負訴訟において下請け人による建築物の瑕疵があった場合である。このなかで訴訟告知を行うことの適法性がしばしば議論されている。その場合、瑕疵のある建築物をめぐる建築主によって訴えられた総請負人が告知者となり、実際に工事を施行し瑕疵の原因となった下請人が被告知者となることがおもに想定される。本案訴訟上の証拠調べ手続の際に、訴訟告知が有益であることは、被告知者の参加的効力により、複数の紛争の一回的解決やあるいは敗訴時の負担を被告知者に分担・転嫁させうるという告知者の権利保護の観点および被告知者が利害関係を有する訴訟への手続関与の機会を保障するという被告知者の権利保護の観点、あるいは訴訟経済の観点からも言うまでもない。

しかしながら、証拠保全手続および独立証拠調べ手続において、訴訟係属という訴訟告知の要件をこの両手続が満たしうるか、すなわち訴訟告知に関する規定であるZPO七二条の意味における訴訟に証拠保全手続あるいは独立証拠調べ手続が該当するか否かが問題となるのである。この問題に対しては、前述のとおり司法簡素化法による改正以前も証拠保全手続における訴訟告知の適法性をめぐる議論が存在した。したがって、この訴訟告知が証拠保全手続あるいは独立証拠調べ手続、つまり訴訟前の証拠調べにおいても可能かどうかという問題は、旧法からの共通する問題であるといえることができる⁽⁵¹⁾。この問題は、証拠保全手続あるいは独立証拠調べ手続が第三者に対して、訴訟告知という方法でこの第三者を関与させる可能性を有しているかという問題であると言換えることができる。

この問題について考察する場合に、「訴訟の係属」という訴訟告知の要件と関連して、証拠保全手続が訴訟に係属しているといえるかどうかという、より細部の、しかし重要な問題について考える必要が生じる。つまり、ZPO七二条⁽⁵²⁾の文言でいうところの「訴訟」に証拠保全手続があたるか否かという問題である。この証拠保全手続が「訴訟」にあたるか否かを考察することは、証拠保全手続の民事訴訟法における法的性格について考察すること

にもつながる。なぜならば、証拠保全手続が訴訟に係属しているとみなしうるか否かは、証拠保全手続が民事訴訟法において争訟手続（ないし争訟裁判権）に位置づけられるのか、あるいは非訟手続（ないし非訟裁判権）に位置づけられるのかという証拠保全手続の法的性格に関する議論に密接にかかわった問題だからである。

すなわち、仮に証拠保全手続の法的性格が争訟手続に位置づけられると解されれば、証拠保全手続とその後の本案手続の類似性が強調され、証拠保全手続における訴訟告知を肯定する大きな根拠となりうる。また逆に証拠保全手続が非訟手続であるとみなされれば、証拠保全手続と本案手続との異質性ゆえに証拠保全手続における訴訟告知を否定する見解の根拠となりうるのである。このような証拠保全手続の法的性格に関する議論は、すでに十九世紀から存在するものである⁽⁵³⁾。したがって、証拠保全手続における訴訟告知の適法性の議論には、証拠保全手続が民事訴訟法においていかなる法的性格を与えられているのかという実質的な問題が深く関わっており、その点について考察する必要があるといえよう。

以上の証拠保全手続における訴訟告知の適否については、訴訟告知の諸規定を証拠保全手続へ類推適用すること⁽⁵⁴⁾を否定する見解とこれを肯定する見解⁽⁵⁵⁾が出されていた。証拠保全手続における訴訟告知を不適法とする上記ケルン地裁判決では以下のことが判示された。すなわち、訴訟告知の制度の意義や目的として、①訴訟において告知者を支援する機会を被告告知者に与えること、②自己に不利益な訴訟追行や誤った事実判断の予防の機会を被告告知者に与えること、および③のちの訴訟および結果を異にする判決を避けることの三つをあげたうえで、訴訟告知にとって訴訟係属は制度の意義や目的から不可欠であるとした。そのため、そのような訴訟関係がない場合には、「被（訴訟）告知者」という立場の存在は、考えられないとした。これをもとに、証拠保全手続は訴訟ではなく、⁽⁵⁶⁾したがって証拠保全手続における訴訟告知は不適法であるという結論に達したのである。

以上におけるケルン地裁判決の判示内容の背景には、証拠保全手続の対象は、もっぱら証拠保全を目的とする純粹に予備的な証拠調べであるとし、証拠保全手続のおもな目的として保全目的を強調し前面に押し出す考え方があるといえよう。したがって、ここでも、証拠保全手続の主目的が何かという点への考察の必要性が暗示されていたと考えることができる。また、同様に訴訟告知不適法説に立つ学説⁽⁵⁷⁾からは、訴訟告知の行われうる時期は早くとも訴え提起と同時に、つまり訴訟係属中に訴訟においてなされることが要件であると解する見解が示された。この見解も同様に、証拠保全手続は訴訟前の (vorprozessual) 手続であって訴訟ではないとした。そしてその根拠として、証拠調べによる事実の確定に尽きる証拠保全手続には参加的効力は生じないということをあげている。

これに対して適法説⁽⁵⁸⁾は、証拠保全手続の民事訴訟法上の位置づけについて歴史的考察を踏まえて検討し、この観点から証拠保全手続における訴訟告知を適法であるとして不適法説に反論している。この見解は、まず証拠保全手続は、その成立の歴史⁽⁵⁹⁾からも争訟裁判権の一部として位置づけられるとする。CPOでは、「永久の記憶のための証明 (Beweis zum ewigen Gedächtnis)」について普通法上の学説によりこのことが規律されており、普通法の学説は、この証拠保全手続における証拠調べを争訟手続と関係づけていたのである。その根拠のひとつとして、「準備的証拠調べは、目前に迫った本案訴訟の一部」を形成しているため非訟手続の領域には位置づけられえないという第三草案の四二九条から四三六条に関する理由書⁽⁶⁰⁾における記述が示されている。

さらにこの適法説は、証拠保全手続を争訟手続とする根拠として、証拠保全手続は、内容的に二当事者対立の対席構造にあることをあげる。すなわち証拠保全手続は、申立て書面において相手方を明記して指定することが規定されており、この対席構造から争訟性があると判断しうると主張したのである。つまり、証拠保全手続あるいは独立証拠調べ手続における訴訟告知を適法とする説は、この両手続の法的性格は争訟手続に位置づけられるとする前

提に立ち、ZPO七二条の冒頭にいう「訴訟の係属」の文言は、争訟手続が係属していなければならないという広い意味に解されるべきであるとした。そして、このような解釈のもとでは、証拠保全手続における訴訟告知は適法であるという結論が導き出されうると主張する。さらにその根拠としては、証拠保全手続において訴訟告知を行うことの許容性および必要性が述べられている。まず許容性としては、以下の点があげられる。証拠保全手続も前述のとおり争訟手続に組み入れられるべきで、かつ二当事者対立の対席構造の訴訟である。証拠保全手続が民事訴訟法のなかで、その構造から独立し、のちの（起りうる）本案判決手続の先取りされた一部として制度設計されたということが明らかにされれば、証拠保全手続のなかにもZPO七二条の意味における訴訟を認めることは難しくないとする。

さらに、必要性としては、先取りされた本案手続の一部である証拠保全手続においても、証拠弁論の結果を第三者に適用させるといった第三者を訴訟に関与させる必要性があるということをつけている。加えて、証拠保全手続に関与しなかった本案手続の被告者は、不備のあった訴訟追行の抗弁を提出可能であることから、権利保護シテムにおける訴訟上の不備を放置しないためにも、証拠保全手続における訴訟告知を許容する必要性を説いている。ただし、この証拠保全手続および独立証拠調べ手続において訴訟告知を適法とする立場においても、前述の二当事者対立の対席構造にないことを理由に、不明の相手方に対する証拠保全手続あるいは独立証拠調べ手続は訴訟との類似性が否定されるという通説的見解⁶¹が示されている。したがって、適法説においてもその多くは、不明の相手方に対する証拠保全手続あるいは独立証拠調べ手続における訴訟告知は不適法と解している。

以上の議論から明らかなことは、証拠保全手続における訴訟告知の適法性の議論において、証拠保全手続の法的性格をどう捉えるかが重要なポイントとなっているということである。しかもこの問題は、前述した鑑定人の忌避

の適法性に関する議論においても問題となった、証拠保全手続とその後の本案手続の関係をいかに捉えるべきかという本論文における考察の視点と密接な関連を有しているということが出来る。そのことと関連して、本論文のテーマである証拠保全手続において本案手続で予定された手続を「前倒し」的に行うことの適法性については、証拠保全手続を「後の本案手続の先取りされた一部」として捉えうるか否かという視点が特に注目に値することも明らかになったということができよう。

4 小括

以上三では、日本における今般の民事訴訟法の改正にともなう事前手続の充実を受けて、本案手続で予定された手続のうちいかなる手続をどこまで事前手続——すなわち訴え提起前——において「前倒し」的に行うことが可能かという本論文のテーマたる問題意識に基づき、ドイツ法の証拠保全手続において本案手続で行われる予定の手続を事前手続たる証拠保全手続へと「前倒し」することの適法性に関する議論について考察してきた。ドイツ旧法においては、具体的には証拠保全手続における鑑定人の忌避および訴訟告知の適法性について議論がなされていた。これらの議論のなかでは、本案手続における諸手続の事前手続への「前倒し」の可否という問題を考察するにあたり、まさに本論文の考察の視点である事前手続たる証拠保全手続とその後の本案手続との関係について論じられていた。

さらに、この証拠保全手続とその後の本案手続との関係の考察にともなって、証拠保全手続が民事訴訟法において、いかなる法的性格を有するものとして位置づけられているのか——すなわち、証拠保全手続が争訟手続に属するのかあるいは非訟手続に属するのかという点——に関して議論があったことも、三—3において明らかにした。

ここでの議論は、ドイツ旧法の証拠保全手続を全面的に継受したとされる日本法では、まったく見られないものである。とりわけ、前述の考察によつて、日本法における証拠保全手続は、後に本案手続があることを暗黙の前提としているにもかかわらず、ドイツにおいて議論のあった事前手続たる証拠保全手続と本案手続との関係に関する視点が欠落しているということを明らかにした。さらに、本案手続において予定されている諸手続を、事前手続たる証拠保全手続で「前倒し」的に行うことの適法性についての議論も日本においては存在していないことを明らかにした。この考察によつてドイツ旧法において議論があったが日本において欠落していた事前手続たる証拠保全手続と本案手続との関係を考察する視点の重要性が浮き彫りになったといえよう。

また、本論文の問題意識である、事前手続たる証拠保全手続に本案手続からいかなる手続を「前倒し」的に行うことが可能であるかという問題と関係して、ドイツ旧法下の証拠保全手続の目的には複数の目的があり、そのなかでも証拠保全手続の中核目的は証拠保全目的であると解されていたことが、学説および制度的沿革からうかがえる。このことは、証拠保全手続の目的について証拠保全目的を唯一所与のものであると解している日本の学説とは対照的であり、注目に値する。

証拠保全手続において本案手続で予定された手続を「前倒し」的に行うことができるか否かに関する具体的な議論では、証拠保全手続の目的と関係する視点に加えて、証拠保全手続とその後の本案手続の関係をいかなる関係と捉えるかという点で学説・判例の間で争われていたことも明らかにした。具体的には、証拠保全手続における鑑定人の忌避の適法性をめぐる議論に関して、証拠保全手続の目的が鑑定人の忌避に関する規定を排除しないか否かという議論に加えて、証拠保全手続はその後の本案手続を先取りした、または優先した証拠調べであるかどうかという議論がなされていたのである。すなわち、証拠保全手続を後の本案手続を先取りした証拠調べであると認める見

解は、証拠保全手続とその後の本案手続の関係を一体のものとして捉え、事前手続も含めた訴訟全体の効率性を重視していた。この見解に立った場合、証拠保全手続における鑑定人の忌避は、証拠保全手続の目的から排除されない限りで適法と解されるということになる。

これに対して、証拠保全手続は後の本案手続とは独立した手続であると解する見解は、証拠保全手続と本案手続の一体性を過度に重視することこそ、かえって証拠保全手続の本来の制度目的である証拠保全目的を害することとなると主張していた。そのため、この見解からは、証拠保全手続における鑑定人の忌避は不適法であるとの結論が主張されていた。さらに、証拠保全手続における訴訟告知の規定の類推適用の可否に関する議論では、訴訟告知の要件を充足するために証拠保全手続が訴訟と同様のあるいは類似の手続と解することができるか否かという争点に関して議論が行われていた。この議論に際してドイツにおいては、前述したように証拠保全手続が民事訴訟法において、果たして争訟手続として位置づけられているのかあるいは非訟手続として位置づけられているのか、という視点から、証拠保全手続と本案手続の関係が考察されていたことも、これまで日本においてこのような議論はおろか、きちんと紹介すらされてこなかった点に鑑みて、注目に値する。

このように旧法下の証拠保全手続において本案手続で予定されている諸手続を「前倒し」的に行うことの適法性に関する議論を通して、ドイツ旧法下では、証拠保全手続と本案手続の関係についての基礎理論的な考察が深められていたということができる。こうしたドイツ旧法下の理論的基盤の存在は、法改正による独立証拠調べ手続への展開に結実したという点で、大いに役割を果たしたということができるように思われる。また、そればかりではなく、前述の基礎理論的な考察は、四において詳述する日本法との比較において、一でも述べたように、日本法では証拠保全手続をめぐる基礎理論的な考察が欠落しているということを明らかにするという意味で、大いに注目すべ

き点であると考えられる。

注

- (18) BGBl I, 1990, 2847ff.
- (19) ドイツにおける司法簡素化法による民事訴訟法改正については、春日偉知郎「ドイツ民事訴訟法における『証拠保全手続』の改正によせて」NBL 四七四号（一九九一年）一二頁以下、同「『独立証拠調べ』について」NBL 七四〇号（二〇〇二年）三三頁以下『民事証拠法論集——情報開示・証拠収集と事実の解明』（有斐閣、一九九五年）一一一頁以下所収、ディーター・ライポルト（本間靖規訳）「ドイツ民事訴訟における独立証拠調べ手続の現況」判例タイムズ一〇八〇号（二〇〇二年）五二頁以下、ディーター・ライポルト（出口雅久訳）「ドイツ民事訴訟法における最新の法改正および法改正計画」法学研究六六巻五号（一九九三年）四六頁以下、林道晴「一九九〇年司法簡素化法後のドイツの民事訴訟実務——新小額裁判手続および新証拠保全手続を中心として——」法曹時報四六巻一〇号（一九九四年）一九三頁以下、金子直史「ドイツ民事訴訟の新しい動き——一九九〇年制定の司法簡素化法を中心に——」外国司法事情一七号（一九九一年）四九頁以下、法曹会「一九九〇年司法簡素化法後のドイツの民事訴訟実務」『ヨーロッパにおける民事訴訟の実情（上）』（一九九八年）二五九頁以下、ウルフ・ベルステインクハウス（ドイツ司法簡素化法研究会訳）「ドイツ『司法簡素化法』について」判例タイムズ七六八号（一九九三年）一二頁以下など多数の紹介がある。
- (20) Eberhard Shilken, Grundlagen des Beweissicherungsverfahrens, ZZP 92 (1979), 246.
- (21) Vgl. OLG München NJW 1984, 1048; OLG Karlsruhe OLGZ 1983, 826.
- (22) Eberhard Shilken, a.a.O. (Fußn.20), 264f.
- (23) Klaus Müller, Die Ablehnung des Sachverständigen im Beweissicherungsverfahren, NJW 1982, 1961ff.; Gerd Motzke, Die Ablehnung des Sachverständigen im Beweissicherungsverfahren, Baur 1983, 500ff.; P.A. Kamphausen, Nachmals: Sachverständigenablehnung im Beweissicherungsverfahren, Baur 1984, 31f.; Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 19.Aufl., § 487 Anm.3.; Vgl. Hansjachim Wussou, Probleme der gerichtlichen Beweissicherung im Baumängelsachen, NJW 1969, 1401ff.; Karl Heyers, Gedanken zum Verständnis des gerichtlichen Beweissicherungsverfahrens,

Baur 1985, 613ff.; Manfred Hickl, Möglichkeiten und Grenzen des Beweissicherungsverfahrens aus anwaltlicher Sicht, Seminar; Das Beweissicherungsverfahren in Bausachen und dessen Neugestaltung, S. 49f.

- (24) これは、本案手続では裁判所が鑑定人を選任するのに対して、証拠保全手続においては、証拠の保全というこの手続特有の目的から迅速な処理が目指されたためである。

- (25) OLG Düsseldorf, MDR 1982, 414.

- (26) Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 487 Rdnr. 4. (Leipold); Klaus Müller, a.a.O. (FuBn.23), 1961f.; P. A. Kamphausen, a.a.O. (FuBn.23), 31; Gerd Motzke, a.a.O. (FuBn.23), 500f.

- (27) Klaus Müller, a.a.O. (FuBn.23), 1262f.; Gerd Motzke, a.a.O. (FuBn.23), 500ff.

- (28) ZPO 四〇六条「①鑑定人は、裁判官の忌避に関する原因と同一の原因によってこれを忌避することができる。しかし、鑑定人が証人として尋問されたことを忌避の原因とすることはできない。②忌避の申立ては、鑑定人を選任した裁判所又は裁判官に對して、尋問前、かつ遅くとも選任の決定の告知又は送達がなされた後二週間以内にこれをなさなければならない。それ以後になされた忌避の申立ては、忌避原因を以前に主張できなかったことについて過失がなかったことが疎明される場合にのみ、これを許す。申立ては事務課において調書にこれを陳述することができる。③忌避原因はこれを疎明しなければならず、当事者は宣誓に代わる保証をなすことは、認められない。」(なお、以下のドイツの民事訴訟法の訳については、法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ民事訴訟法典——一九九一年一月一〇日現在——』〔法曹会、一九九三年〕の訳を用いることとする。)

- (29) Klaus Müller, a.a.O. (FuBn.23), 1961f.; P. A. Kamphausen, a.a.O. (FuBn.23), 31; Karl Heyers, a.a.O. (FuBn.23), 613ff.

- (30) Klaus Müller, a.a.O. (FuBn.23), 1963, 1964; への他に上記の二つの目的に加えて、時効中断目的 (Verjährungsunterbrechung) をあげているハイヤーズ (Karl Heyers, a.a.O. (FuBn.23), 614f.) の見解もある。しかしながら、この時効中断目的に関しては、実体法とのかかわりのなかで問題となるため、他の二つの目的とは性質を異にすると捉えることができ、また証拠保全手続の制度上の主目的であるとは考えられにくい。そのためここで詳しく考察することは避けることとする。

- (31) 証拠保全手続の証拠調べ目的が証拠の評価とは何ら関係がないことから、鑑定人の忌避も鑑定の評価とは何ら関係がない。鑑定人の忌避が成立した場合、その鑑定人によってなされた鑑定は、利用することができないものになってしまうことになる。前述のように鑑定人の不公正を忌避理由として忌避の申立てがなされたとしても、裁判所は、そのような事情にもかかわらず

その鑑定人に高い証拠価値を置くということも考えられる。したがって、鑑定人の忌避が仮に成立したとしても、その法的効果は鑑定証拠の評価と何の関係もないということがここから明らかになるのである。

- (32) Klaus Müller, a.a.O. (FuBn.23), 1964f.
- (33) シューラーは、証拠保全目的は証拠保全手続における鑑定人の忌避の必要性を示している一方で、これら二つの目的は証拠保全手続における鑑定人の忌避の許容性を示していると述べている。
- (34) Vgl. OLG Oldenburg, MDR 1977, 499.; OLG München, VersR 1977, 939; LG Berlin, NJW 1971, 251; Schneider, JurBüro 1967, 290.
- (35) Gerd Motzke, a.a.O. (FuBn.23), 500ff.
- (36) Karl Heyers, a.a.O. (FuBn.23), 613ff.
- (37) 加えて不適法説にたつハイヤーズは、適法説のなかでも特にモツケの見解に対して、その論文のなかで証拠保全手続と本案手続の一体性を強調する根拠として四九二条があげられている点について、証拠保全手続の特別規定に関する問題を制度上一般的な構造原則にまで高めようとしているとして批判している。すなわちハイヤーズは、訴訟において適用されるべき一般の証拠調べについての規定が証拠保全手続とその後の本案手続との一体性という特性を示すことまでは目指していないと主張したのである。
- (38) Klaus Müller, a.a.O. (FuBn.23), 1965.
- (39) Gerd Motzke, a.a.O. (FuBn.23), 505f.
- (40) ただし、この場合でも証拠保全手続における鑑定人の忌避の時的制限を規定しているZPO四〇六条二項二文の制限を受けるため、あらかじめ証拠保全手続においては主張されえなかったということが疎明された場合に限りて鑑定人の忌避が認められることになる。
- (41) OLG Düsseldorf, a.a.O. (FuBn. 25), 414.
- (42) Stefan Weise, Praxis des selbständigen Beweisverfahrens, (1994), S.115, Rdnr. 414.
- (43) Prozessvermeidung は訴訟の回避と訳しうる。しかしながら、当事者の視点を重視した場合、当事者間の合意による訴訟の回避は、すなわち紛争の早期解決という点で当事者の利益となることから、ここではあらたに加わった目的を「(当事者の合意に基づく)紛争の早期解決」目的であると解する。司法簡素化法による改正であらたな目的が加わったことについて、旧法

下のドイツの裁判所は、訴訟件数の著しい増加によって、その負担が大きなものとなっていたことをあげている。そのため裁判所の負担軽減は、改正以前のドイツ民事訴訟法において重要な司法政策的課題でもあった。したがって当事者間の合意による訴訟外での早期の紛争解決が増加することが望まれていたと考えられる。このことは、ZPO四九二条三項において裁判所が当事者間に合意が期待されるときに、当事者を口頭での討議 (mündliche Erörterung) に呼び出しようとする規定があらたに設けられたことからうかがうことが出来る。

- (44) Stefan Weise, a.a.O. (FuBn. 42), S.1f.
- (45) BT-Drs.11/3621, S.23.
- (46) Stefan Weise, a.a.O. (FuBn. 42), S.116f.
- (47) Stefan Weise, a.a.O. (FuBn. 42), S.116f.
- (48) 新堂・前掲書 (注6) 七四九頁。
- (49) Wolfgang Mickel, Beweissicherung und Streitverkündung, BB (1984), 438ff.; Wolfgang Postelt, Die Beteiligung des Nachunternehmers am vorprozessualen Beweissicherungsverfahren des Bauherrn gegen den Generalunternehmer, Baurecht 1980, 33; LG Köln, BauR 1980, 97; Eberhard Schilken, a.a.O. (FuBn.20), 260; Hansjachim Wussou a.a.O. (FuBn.23), S.1407f.; Dieter Schmidt, Voraussetzungen und Wirkungen des Beweissicherungsverfahrens aus richterlicher Sicht, in Seminar (FuBn.23), 23, 24; Manfred Hickl, a.a.O. (FuBn.23), 37f.; Dieter Schmidt, Voraussetzungen und Wirkungen des Beweissicherungsverfahrens aus richterlicher Sicht, in Seminar (FuBn.23), 23f.
- (50) Stefan Weise, a.a.O. (FuBn.42), 88f.; Zöller, ZPO, (20. Aufl., 1997), § 485 Rn. 6. [Kurt Herget]; Wolfgang Mickel a.a.O. (FuBn.49), 438ff.; Vgl. Manfred Cuypers, Das selbständige Beweisverfahren in der juristischen Praxis, NJW 1994, 1985ff. への議論の状況が根本的には変わっていないことを示すために、拙稿に引用した Thomas Hören, Streitverkündung im selbständigen Beweisverfahren, ZJP 108, 345, 353.
- (51) への問題については Zöller/Stephan, ZPO, (13. Aufl., 1981), § 487 Anm. II zu Nr.1. [Stephan] は、証拠保全手続における訴訟告知を不要だとみなしている。この見解に対しては、上記の見解に立った場合、証拠保全手続は著しく膨張し、手続の遅延も招くという批判が示されている。Vgl. Zöller/Stephan, ZPO, (13.Aufl. 1981), § 72 Anm. I 1, [Vollkommer].
- (52) ZPO七二条は、訴訟告知の適法性に関して、「訴訟が自己に不利な結果になるときは第三者に対し担保若しくは賠償

の請求をなす」と信じ、又は第三者の請求をおそれる当事者は、その訴訟の確定力ある裁判に至るまで、第三者に対し訴訟を告知するようが義務。」と定めている。

- (33) Vgl. Marcus, Der Lehre von der Sicherung des Beweis nach der CivilProzeßOrdnung, Gruchot 34 (1980), 365, 368f.
- (34) LG Bremen, MDR 1984, 237; OLG Saarbrücken, NJW-RR 1989, 1216; Wolfgang Postelt, a.a.O. (FuBn.49), 33ff.
- (35) KG, MDR 1988, 680; Axel Wirth, Streitverkündung im selbständigen Beweisverfahren, BauR1992, 304f.; Klaus Vygen, Selbständigen Beweisverfahren; Zulässigkeit der Streitverkündung, BauR 1992, S. 267f.; Thomas Hören, a.a.O. (FuBn.50), 350f., 354.
- (36) 証拠保全手続がZPO第11条の文言の「訴訟」ではなく、争点について、その後の判決において一致している。
- (37) Wolfgang Postelt, a.a.O. (FuBn.49), 33f.
- (38) Wolfgang Mickel, a.a.O. (FuBn.49), 438f.
- (39) Thomas Hören, a.a.O. (FuBn.50), 347f., 351f.; C. Hahn, Die gesamten Materialien zur Civilprozessordnung, Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877 (1880), S. 343; Eberhard Schilken, a.a.O. (FuBn.20), 238, 248ff.
- (40) Vgl. Eberhard Shilken, a.a.O. (FuBn.20), 241f.
- (41) Wolfgang Mickel, a.a.O. (FuBn.49), 440ff.

四 ドイツ法からの示唆

1 序

これまでの三の考察から、ドイツ法の証拠保全手続と独立証拠調べ手続において、本案手続で予定された手続を「前倒し」的に行うことの適法性をめぐる議論を明らかにしてきた。そのなかで、事前手続において、本案手続におけるいかなる手続を「前倒し」的に行うことができるかという問題について、ドイツ法では事前手続と本案手続の関係性を重要な判断の基準としていることが明らかになった。さらに、この事前手続たる証拠保全手続や独立証拠調べ手続と本案手続との関係について判断する要素として、事前手続の目的や事前手続の法的性格が重要な意味を有していた。

これに対して日本法においては、平成一五年の改正によって提訴前の証拠収集手段の拡充が図られたことにより、訴え提起前の証拠収集の処分をはじめとする事前手続があらたに設けられた。この結果、提訴前に行われる手続たる事前手続において、本案手続で予定された手続をどこまで「前倒し」的に行いうるかという問題が生じることは今後十分に予想されるものであり、この問題について考察する必要性がより高まっていることを二において指摘した。

しかしながら二において考察したとおり、日本法においてはドイツ法を母法としているにもかかわらず、事前手続と本案手続とがいかなる関係にあるかという視点に立った考察が、従来ほとんど皆無であった。そこで、ドイツ法の議論から何らかの示唆を得ることにより、事前手続において本来なら本案手続で行われる手続をどこまで行い

うるかという前述の問題について、基準あるいは指標を抽出することを本論文の目的とした。以下では、具体的にドイツ法における議論から、いかなる示唆を日本法が得ることができるかを検討する。

2 日本法における証拠保全手続をめぐる議論の再構築

以上においては、日本法における証拠保全手続や提訴前の証拠収集の手続等を事前手続と位置づけ、この事前手続において本案手続で行われる手続をどこまで「前倒し」的に行うことができるかというテーマのもとで、ドイツ法および日本法の議論を考察してきた。本論文の問題意識に基づく考察の結果、ドイツにおける証拠保全手続あるいは独立証拠調べ手続をめぐる議論において、日本法における議論とは異なるいくつかの点が明らかになった。すなわち、ドイツ法では、事前手続と本案手続の関係がいかなる関係にあると捉えるべきかという視点から、本案手続で行われる手続を、事前手続たる証拠保全手続あるいは独立証拠調べ手続において「前倒し」的に行うことの適否に関する、具体的な問題が活発に論じられていたのである。これに対して、日本ではドイツと基本的に同じような手続をもとにしていながら、そこでの議論の対象となる論点が異なっていた。すなわち、日本では、前述のドイツにおけるような議論は見られず、証拠保全手続の証拠開示的運用の是非に関して議論がなされていたのである。しかしながら、この日本とドイツの違いから直截に、ドイツにおける議論からは示唆が得られないと速断すべきではないであろう。というのは、日本とドイツの議論の相違の注目すべき原因のひとつに、日本法には、事前手続と本案手続の関係を考察するというドイツの議論における重要な視点が欠落していることがあげられるからである。

日本法に、ドイツにおける事前手続と本案手続との関係を考察する議論および視点を持ち込むならば、日本法における証拠保全手続の証拠開示的運用の是非に関する従来の議論を、日本の民事訴訟法のなかで再構築することが

できると考える。つまり、実際は手続の制度目的を超えた運用であるにもかかわらず、実務上は機能していることを最大の根拠にしている日本の証拠保全手続の証拠開示的な運用に、ドイツ法における視点を取り込むことで理論的根拠をあらたに与えることができるのである。具体的には、日本法における証拠保全手続の証拠開示的運用の是非をめぐる議論は、本案手続において証拠開示という効果をもたらす証拠調べ手続を事前手続に「前倒し」することの是非に関する議論であると、あらたに捉えなおすことができるのである。

このように捉えなおすことによつて、以下のような利点が生じる。まず前述した証拠開示的な運用を肯定する立場からは、証拠保全手続の利用の目的を証拠の保全目的以外にも手続の運用の途を拡大することが可能になる。さらに、ドイツ法の事前手続と本案手続との関係を考察する視点を取り入れて考察すると、右記の運用を肯定する立場にたつことは、日本法の事前手続を、その後の本案手続と一体的な関係にあると捉え、後の本案手続に従事・迅速に行うことを図っているということになる。このように事前手続と本案手続の關係に踏み込んだ根拠に基づき、証拠保全手続の証拠開示的運用の是非を再度論じることが、証拠保全手続の目的論との關係でもさらに掘り下げた議論へとつなげることができる。これにより、訴え提起前の証拠収集手段の乏しさが指摘されてきた日本法において、当事者に証拠収集のためのあらたな手段を認めることに関する理論的な基盤が醸成されることになるだろう。

しかしながら、ドイツ法における事前手続と本案手続の關係を考察するという視点を取り込むことにより、前述のように日本法における証拠保全手続の議論を改めて肯定し、評価することが可能であるとしても、本案手続において証拠開示という効果をもたらすあらゆる手続を「前倒し」するべきではないことは明らかである。したがってここで、平成一五年の改正においてあらたに設けられた手続も含めた事前手続へ本案手続からいかなる手続の「前倒し」が可能かを判断する根拠、あるいは指標が必要ということになるのである。この点については、以下におい

て、論じることとする。

3 日本法における事前手続への「前倒し」

本論文では、前述したように、日本法の証拠保全手続をはじめとする事前手続に本案手続からいかなる手続を「前倒し」できるのかという問題について考察を行ってきた。そのなかで、この問題について「前倒し」の可否を判断するための何らかの基準あるいは指標が必要との問題意識から、この問題についてすでに活発な議論があるドイツ法を考察の対象とした。ドイツ法においては、この問題に関連する議論として、証拠保全手続あるいは独立証拠調べ手続において訴訟告知や鑑定人の忌避を行うことの適否について、三で考察した通り、活発な議論が行われていた。この議論から、ドイツ法における「前倒し」の適否の判断の基準として、事前手続と本案手続との関係性というものが抽出されうる。この事前手続と本案手続との関係性とは、具体的には、おもに二つの要素から判断されていると考えられる。

まず、特に鑑定人の忌避の議論から、事前手続の目的によって「前倒し」される手続が排除されないかどうかという、手続の目的に関する要素により上記の両手続の関係性が判断されている。さらに、訴訟告知の議論を中心に、事前手続と本案手続が一体的であるか否かを事前手続の法的性格という側面を重要な根拠として判断しているのである。すなわち、前述の手続の「前倒し」を肯定する立場は、事前手続の歴史的沿革や二当事者対立という手続の構造から、事前手続をできるだけ訴訟と同視しうるものと解することで訴訟との一体性を導き出し、「前倒し」を認める根拠としているのである。この立場は、事前手続の構造的な側面を重視しているが、同時に「前倒し」を認めることで、紛争の早期解決が図れることをも根拠としている。これに対して、「前倒し」を否定する立場からは、

手続の構造から事前手続の本案手続との一体性が導かれたとしても、事前手続への本案手続の「前倒し」により、結果的に訴訟における手続の遅延を招くおそれがある点が主張されている。さらに、この立場は、具体的に鑑定人の忌避や訴訟告知を本案手続でなく、それ以前の事前手続において行わなければならない必要性和訴訟全体の迅速性とを比較した場合のバランスを非常に重視していると解される。

ここで、このドイツにおける議論から抽出した、「前倒し」の判断の基準を日本法に取り込んだ際に、あらたに設けられた手続も含む日本の事前手続にいかなる手続を「前倒し」しうると判断するのかという点が問題となる。そこで、右記の問題について具体的に考察すると、まず、ドイツ法におけるのと同様に事前手続のなかでも証拠保全手続そのもののなかで訴訟告知や鑑定人の忌避を行うことの適否を論じることが、実務における証拠保全手続の利用の現状あるいは利用される事件類型からそれほど意義はないと思われる。

そこで、証拠保全手続以外の手続も含めた事前手続全体と本案手続との関係に対象を広げた場合、専門家の意見陳述の嘱託の手続が注目し値する。ドイツにおいては、鑑定人の忌避を事前手続のなかで「前倒し」的に行うことの適否について議論があったが、日本法の専門家の意見陳述の嘱託は、訴え提起後の鑑定の嘱託に相当する手続である。したがって、この手続における専門家の忌避の「前倒し」についても議論する余地が考えられるのである。平成一五年の民事訴訟法改正によって、一三二条の四の一項三号にあらたに設けられたこの専門家の意見陳述の嘱託は、専門的な知識経験を有する者に対して、その知識経験に基づく意見陳述を依頼する手続である。この場合の専門家としては、前述したとおり、建築士や土地家屋調査士などが想定されている。この手続に、ドイツにおける鑑定人の忌避の議論を取り込むことは可能だろうか。もっとも、この手続は提訴前の手続であることからその意見陳述がそのまま証拠資料となるわけではない。さらに、この専門家の意見陳述の嘱託の手続を含む訴え提起前にお

ける証拠収集の処分には、不服申立てができない旨の規定(二三三条の八)が設けられている。このことは、この手続において不服申立てを認めることによって、かえって紛争が複雑化したり、手続が遅延したりすることを防ぐという目的によるものである。

これらのことから、本案手続よりも早い段階の、事前手続たる専門家の意見陳述において、その専門家を忌避する必要があるか否かが重要になってくる。また、これらの事前手続には制裁が課されていないことから、忌避を申立てる必要があるかという点は、問題となりえよう。

確かに、専門家の意見陳述において忌避を認めるべきとする立場は、この専門家の意見陳述を含む提訴前の証拠収集の処分の手続には、制裁が設けられていないという点、また、手続の充実・迅速という、今日、民事訴訟法全体に通じるべき理念の流れとは相容れないとも考えられうる。これらの点に対して、まず、手続に制裁がないこととのバランスの点については、確かに文書の所持者や照会を受けた場合については、制裁がないことから応じないということも考えられうる。しかしながら、専門家の意見陳述に関してはその手続の性質上、仮にその専門家に忌避すべき事由があつても忌避が認められないとすると、被予告通知者(あるいは予告通知者)の利益が害されるおそれは残されたままである。また、ドイツにおける鑑定人の忌避に関する議論にも見られたように、事前手続の段階で忌避を認めなければ、その対象となる証拠方法が本案手続では手に入れることができないという状況も起こりかねない。加えて、提訴前の手続において行われた意見陳述が、そのまま本案手続において証拠資料とはなりえないとはされているものの、裁判所による処分として行われる手続として、当事者のなかに訴訟に入る以前から不公平感を醸成する原因ともなることも考えられる。

以上の理由から、提訴前の事前手続たる専門家の意見陳述の嘱託においては、民事訴訟法の二一四条の類推適用

により、専門家の忌避を申立てうると解するべきである。また、この事前手続という段階において専門家の忌避を認めることの必要性も、まったくないとはいことができず、むしろ、提訴前であるからこそ相手方の利益の保護という観点から必要であると考ええる。この見解は、ドイツ法における事前手続と本案手続の関係性の基礎のひとつであった事前手続の当事者対立の構造に関する問題にも通じる。すなわち、日本とドイツの事前手続をめぐる議論において、日本法でドイツと同様の議論が見られなかった原因のひとつとして、事前手続たる日本の証拠保全手続には、ドイツと同様に訴訟告知や鑑定人の忌避の「前倒し」の可否を論じる前提となる二当事者対立の構造自体が十分とはいえないことがあったと考える。この二当事者対立の構造にかかわる問題は、証拠保全手続の相手方あるいは第三者の手続保障の問題にかかわる重要な問題である。証拠保全手続が今後も、一定の事件類型においては提訴前の証拠収集手続として引続き利用されることを考えれば、証拠保全手続においては、この点は依然として問題であり、今後の立法的整備が事前手続を充実したものとするための課題のひとつであるといことができる。

しかしながら、平成一五年の改正によって設けられた提訴前の照会手続および訴え提起前の証拠収集の処分手続は、その運用に疑問も投げかけられてはいるものの、訴訟係属前であるにもかかわらず相手方が証拠の開示・収集に応じるべき理論的根拠として提訴予告通知を設けている。すなわち、この提訴予告通知をもって訴訟関係に準じた二当事者対立の構造を作出したのである。確かにこの提訴予告通知により、事前手続においても形式的に訴訟との類似性を主張する根拠となる二当事者対立の構造が設けられてはいる。しかしながら、前述したとおり専門家の忌避を認めることなどにより、さらに実質的に相手方や第三者の利益の保護を図ることができるといえよう。

次に、ドイツにおける事前手続への本案手続からの「前倒し」の適否の議論には、訴訟告知を証拠保全手続あるいは独立証拠調べ手続において行いうるかという問題が論じられていた。この議論では、事前手続を歴史的沿革、

手続構造から訴訟と同視しうるものと捉え、訴訟告知の「訴訟の係属」という要件を「争訟手続の係属」というように広義に解すること、その「前倒し」を認めるべきとする見解があった。この見解は、事前手続に訴訟告知を「前倒し」することによって、本案手続の先取りされた一部である証拠保全手続や独立証拠調べ手続における結果を証拠弁論の結果として、第三者に適用させることで、第三者を訴訟に関与させる必要性を主張していた。

そこで、この議論から、日本法においても事前手続において、訴訟告知を「前倒し」的に行うことができるかを考察すると、日本法において同様に訴訟告知を事前手続において「前倒し」的に行うことは現段階では無理であると考ええる。その理由としては、以下の点があげられる。ドイツ法の議論は、証拠保全手続あるいは独立証拠調べ手続のなかで訴訟告知を行うことの適否について論じていた。この場合、証拠保全手続や独立証拠調べ手続は、のちの本案手続における証拠調べ手続の一部であるため、その手続における証拠調べは、本案手続においてなされた証拠調べ手続の結果と同様の結果として扱われる。したがって、事前手続たる右記の両手続の段階から第三者を参加させることは、本案手続において訴訟告知を行うことと同様の必要性があると解されるからである。しかしながら、日本法においては、証拠保全手続に二当事者対立の構造が欠けていること、また利用の大部分がカルテ等の証拠の開示を目指した利用であるため、証拠保全手続のなかで訴訟告知を「前倒し」的に利用することはほとんど考えられないことをあげることができる。さらに、その他の事前手続たる提訴前の照会や訴え提起前の証拠収集処分の手続においては、訴訟告知を「前倒し」的に行う必要性がドイツ法において論じられているほどには高くないのである。⁽⁶⁾

これは、提訴前の照会や訴え提起前の証拠収集の処分の手続があくまで提訴前の証拠収集手続であり、また提訴前という時期であることから、必ずしも提訴後の相当する手続をまったく提訴前にスライドさせたものとは言えない

いこと等がその理由である。以上の理由から、日本法の事前手続においては訴訟告知を「前倒し」的に行うことは否定されると考える。

この考察により、事前手続へ本案手続から手続を「前倒し」的に行うことの基準として、「前倒し」を行うことの許容性と必要性のバランスを考慮し、必要性がより高いときに「前倒し」を認めるべきであると解されうるのである。

4 小括

これまでの四における考察から、本論文のテーマである、日本法の事前手続において本案手続のいかなる手続を「前倒し」的に行うことができるかという問題については、ドイツ法の議論およびその視点を取り込むことにより、以下の点を基準あるいは指標としてあげることができる。

まず第一の基準として、事前手続の目的についてさらなる議論が日本法において深められることを前提として、事前手続の目的が「前倒し」される手続を排除しないかどうかという点が考えられる。次に、事前手続がのちの本案手続といかなる関係にあるかという両手続の関係性、すなわち事前手続と後の本案手続が一体性を有しているか否かという手続の構造上の基準が、判断における第二の基準ということになる。さらに第三の基準には、事前手続において本案手続の手続を「前倒し」的に行うことの必要性和許容性とのバランスをあげることができる。そして、これらの基準の前提として、相手方や第三者の利益の保護が十分に行われることが重要になってくる。

これらの基準から、日本法の平成一五年の民事訴訟改正以後の事前手続をあらためて考察した場合、まず、鑑定人の忌避に関するドイツの議論から日本法の事前手続における専門家の意見陳述の嘱託では、提訴後の鑑定人の忌避の規定が類推適用され、「前倒し」的に行われうると解される。これに対して、ドイツにおいても同様に議論が

あった訴訟告知に関しては、日本法の事前手続においては、「前倒し」の必要性がドイツにおける議論で主張されているほど高くなく、許容性を上回るとはいえないことから、その「前倒し」は否定されるべきだと考える。さらに、事前手続においては、文書提出命令も前述の基準に照らした際には除外されるべきである。したがって、提訴前の証拠収集の手段たる事前手続の拡充から文書提出命令が除外されている点も、この基準に照らし妥当であると評価しうる。

加えて、従来から議論されてきた日本法における証拠保全手続の証拠開示的運用も、本案手続における手続の事前手続への「前倒し」について考察したことにより、再構築が可能となった。この点もまた、ドイツ法の議論から得られた示唆のひとつである。すなわち、証拠保全手続の証拠開示的運用をめぐる議論を、本案手続で証拠の開示という効果を生じる証拠調べ手続を事前手続たる証拠保全手続へと「前倒し」することの適否をめぐる議論であると位置づけることが可能となったのである。

注

(62) 小野瀬厚ほか編著『一問一答平成一五年改正民事訴訟法』（商事法務、二〇〇四年）四五頁（小野瀬厚執筆）。

(63) 確かに一般的には、事前手続へ手続を前倒しすることによる利点として、後の本案手続の争点整理が進み、本案手続での無駄な争点を取り除かれること、和解が促進されること、事前手続も含む裁判全体において紛争解決までの期間が短縮されることなどがあげられる。さらに、紛争解決までの期間が短縮されることは、結果的な当事者の負担軽減や訴訟経済への寄与も副次的な利点として挙げられうるであろう。しかしながら、これらは提訴前の証拠収集手続に訴訟告知を「前倒し」することの固有の根拠としては不十分であろう。

五 おわりに

1 考察のまとめ

本論文は、日本法における平成一五年の民事訴訟法の改正のなかで事前手続の充実のために、訴え提起前の証拠収集手段の拡充が図られていることを受けて、証拠保全手続および提訴予告通知を前提としてあらたに設けられた諸手続を事前手続と捉えた場合に、この事前手続において本来本案手続でなされる手続をどこまで行うことができるのかという問題意識に基づくものである。そこで、日本法の証拠保全手続の母法でもあり、かつ平成一五年の改正の契機となった意見書で導入を検討する旨が言及されたドイツ法を比較の対象として考察を行った。

その結果、まず日本とドイツの事前手続をめぐる議論の間には、いくつかの相違点が明らかとなった。すなわち、証拠保全手続あるいは独立証拠調べ手続が利用される紛争類型の違いであり、手続において利用される証拠調べの方法の違いであった。さらに、事前手続へ本案手続における手続をいわゆる「前倒し」することの適否を論じる議論が、ドイツにおいては活発に行われていたことも明らかとなった。そこで、このような議論が同じ手続をもとにしていながら、日本法をめぐる議論においては見られない原因を考察した結果、以下の点が明らかとなった。

まず、日本法をめぐる議論には事前手続と本案手続がいかなる関係にあるかという、両者の関係に注目した視点が欠落しているという点である。この事前手続と本案手続との関係は、事前手続の目的および法的性格によって基礎づけられていた。そのため、ドイツ法においては、事前手続において本案手続の手続を「前倒し」的に行うことの適否は、事前手続の目的が「前倒し」される手続を排除しないかどうか、および本案手続との一体性が事前手続

の法的性格から認められうるかといった点から判断が行われているということが明らかとなった。また、事前手続と本案手続が一体的であるか否かは、事前手続の歴史的沿革および手続の構造が二当事者対立の構造にあるか否かという点から基礎づけられていた。

前述のドイツの議論から、まず日本法においては、事前手続——特に平成一五年の改正以前の証拠保全手続——の目的についての議論が、実務上は、手続が機能していたことから、ほとんど論じられてこなかった点を指摘した。また、事前手続と本案手続との関係を考察するというこれまで日本法に欠落してきた視点に基づいて、事前手続において本案手続の手続を「前倒し」的に行うことの適否を判断する基準あるいは指標をドイツの議論から抽出する必要性を指摘した。さらに、このような基準あるいは指標を抽出する必要性は、平成一五年の日本の民事訴訟法の改正により、提訴前の証拠収集処分の手続をはじめとするあらたな手続が事前手続に加わったことにより、さらに高まったとして、考察を行った。

考察の結果、事前手続において本案手続で予定された手続を「前倒し」的に行うことの適否を判断すべき以下の基準あるいは指標が、日本法において考えられうるという見解にいたった。その基準あるいは指標として、まず、ドイツ法と同じく、事前手続の目的が「前倒し」される本案手続で予定された手続を妨げないか否かという点が抽出された。また、事前手続が本案手続といかなる関係にあるかという視点から、上記の両手続が一体的であるか否かという点が基準として重要であることも指摘した。さらに、こうした手続の事前手続への「前倒し」の可否を根拠づけうる手続の構造的な基準に、本案手続から事前手続に「前倒し」して行われるべき必要性という基準を加えた。そして、この「前倒し」の必要性と許容性のバランスを考慮すべきと解したのである。そして、事前手続においては、本案手続以上に相手方および第三者の利益の保護が重視されるべきとの前提を指摘した。

この考察により、具体的な手続としては、ドイツ法の証拠保全手続あるいは独立証拠調べ手続における鑑定人の忌避の適否に関する議論から、日本法の事前手続のひとつたる専門家の意見陳述の嘱託に、専門家の忌避の手続を鑑定人の忌避の規定を類推して、認めるべきであるとの立場に立った。これに対して、訴訟告知や文書提出命令は、上記のドイツ法の議論から抽出した基準あるいは指標に立てば、事前手続において「前倒し」的に行うことを否定すべきと解した。さらに、このような基準の抽出およびそれに基づく判断の前提として、日本法における事前手続と本案手続の関係をどのように捉えるべきかという視点を取り込んだ考察を行うことができた点に意義があったと考える。その結果、日本法においては、本案手続の充実・迅速に資するという事前手続の主たる目的のもとで、あくまで事前手続を本案手続と一体のものと位置づけ、本案手続における紛争の早期解決を図っているとの再構築を行うことができた。このことにより、実務にゆだねられた事前手続の今後の運用に際して、事前手続の本案手続との関係で生じることが予想される問題に対して、両手続の関係というあらたな視点に立ったひとつの理論的基準を示すことができたものと考ええる。

2 残された課題

以上、事前手続において、本来は本案手続において行われるいかなる手続を「前倒し」的に行うことができるのかという本論文の問題意識に基づき、ドイツ法における証拠保全手続あるいは独立証拠調べ手続とその後の本案手続の関係についての議論を考察の視点として考察を行った。このような問題設定と法比較は、これまでわが国では皆無であったが、今回の考察により、多くの示唆を得ることができたと考える。また、日本法における証拠保全手続における証拠開示的運用の是非をめぐる議論にもあらたな視点を加えることができた。しかしながらこの考察に

より、同時に今後さらに考察を深めるべきいくつかの課題も明らかになった。

まず、ドイツ法の事前手続たる独立証拠調べ手続の対象となる事前類型の変化に関する課題があげられる。すなわち、日本法における証拠保全手続はドイツ法を母法としていながら、その利用の対象となる事件類型がドイツ法とは異なっていた。しかしながら、ドイツにおいても、一九九一年の司法簡素化法により独立証拠調べ手続へと改正された後は、独立証拠調べ手続の利用の対象となる事件に、日本法と同様に医療過誤訴訟が見られるようになって⁶⁴いる。このドイツ法における事件類型の変化の原因については、今後の研究において明らかにしていくこととしたい。

また、ドイツ法における独立証拠調べ手続においては、独立証拠調べ手続の要件としてあらたに法的利益の有無を設けたが、この要件が非常に緩やかに解されているため、果たして独立証拠調べ手続が当初の制定目的であった訴訟の回避という目的を十分に果たしているかという点について議論が生じている。この点は、独立証拠調べ手続が証拠の模索（証拠漁り）に帰す危険性を前述の法的利益の有無によつて防止しようとされてきただけに、今後考察する必要があるといえるが、ここでは論じることができなかった。また、ドイツにおいては、ZPO四八五条以下による証拠保全手続と非訟事件手続法（FGG）一六四条による証拠保全手続において適用範囲の重なる部分があり、両者の区別が行われている⁶⁵。さらに、証拠保全手続と仮差押・仮処分といった仮の権利保護手続との区別についても論じられている⁶⁶。これらのドイツ法における視点についての考察も、今後日本法において事前手続の充実を図っていくうえで必要となると考えられるが、この点もここでは論じることができなかった。以上の点については、今後の研究の課題とすることとしたい。

注

- (64) Vgl. Andrea Bockey, Das selbständige Beweisverfahren im Arzthaftungsrecht, NJW 2003, (Heft 48), 3453ff.
- (65) Eberhard Shilken, a.a.O. (Fußn. 20), 242; Wolfgang Mickel, a.a.O. (Fußn. 49), 440, c; Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, (21. Aufl., 1999), § 485 Rdnr. 28 [Dieter Leipold].
- (66) Wolfgang Mickel, a.a.O. (Fußn. 49), 440, d, usw.